

# 國學院大學学術情報リポジトリ

熊本藩における中国法の機能：  
法的決定の「理由づけ」に寄せて

|       |                                                                                                        |
|-------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| メタデータ | 言語: Japanese<br>出版者:<br>公開日: 2023-02-06<br>キーワード (Ja):<br>キーワード (En):<br>作成者: 小林, 宏<br>メールアドレス:<br>所属: |
| URL   | <a href="https://doi.org/10.57529/00001074">https://doi.org/10.57529/00001074</a>                      |

# 熊本藩における中国法の機能

——法的決定の「理由づけ」に寄せて——

小林 宏

はしがき

- 一 法源としての中国法の機能
- 二 量刑の基準としての中国法の機能
- 三 弁証の根拠としての中国法の機能（その一）
- 四 弁証の根拠としての中国法の機能（その二）
- 五 熊本藩における中国法研究の意義

はしがき

熊本藩では宝暦四年（一七五四）、諸藩に先がけて明清律を範とした刑法典、即ち刑法草書が制定されたが、この刑法草書の編纂に当り、明清律がどのように参酌されたかについては、すでに先学によって、その具体的考察が為されて来た。<sup>〔1〕</sup>しかし、その後の同藩における法規の運用に際し、中国法がどのように利用され、それがどのような機能を

果したかということに関しては、まだ殆ど明らかにされていないといっても過言ではない。かかる視座から同藩における中国法の受容を考察する為には、熊本大学附属図書館に寄託されている永青文庫の中から、とくに同藩の刑事裁判関係の膨大な資料を逐一精読し、その内容を分析することから始めなければならない。これ法規の運用面における中国法受容の研究を遅延せしめている最大の理由である。しかしこの度、閲読し得た同資料の一部から、右の問題について、或る程度の見通しをつけることは、従来の研究の缺を補う意味において、許されないことではなからうと思う。もとよりその詳細なる考察は、なお将来に俟たねばならない。

## 一 法源としての中国法の機能

刑法草書制定以降、社会の変動や刑法草書の不備等から、いわゆる法の欠缺が生じた場合、それを補充する際の法源としていかなるものが参照されたか、それを知る史料として「参談書拔」(永青文庫所蔵。以下、とくに所蔵者名を記さないものは、すべて同文庫所蔵の史料である。)の文政十一年(一八二八)、山本熊八による偽銀の事案がある。刑法草書には金銀偽造に関する明文規定が存しなかった為、その処罰をめぐって刑法方において議論が為されたのであったが、その際、刑法草書を補充して右の事案に適用すべき法源として、次の四種のものが列挙されている。

- ①大明會典、明律釋義<sup>(訳)</sup> ②公義御仕置 ③古例、寶曆以後例 ④御刑書出來之節草書

右の中、①は中国法であって、ここでは大明會典は原文が掲げられているが、明律は明律訳義、即ち高瀬喜朴著の大明律例訳義<sup>(註)</sup>が明律の原文に代って掲げられている。更にこの明律訳義の文の下には、「付札」として、明律もしくは清律の注釈と思われるものが原文のまま掲げられている。明律訳義の文意をなお詳しく知る必要があった為であろう。②の公義御仕置は幕府法、即ち公事方御定書からの引用である。③は熊本藩の判例であって、これを刑法草書制

定以前と以後との両者に分け、前者は「古例」として四例あげられ、後者は三例あげられている。④は刑法草書編纂時の草案の一つである堀平太左衛門の草案からの引用である。堀草案には金銀偽造に関する条文が掲げられてあったが、後に幕府法を参酌した上で改めて規定すべきであるとして、刑法草書の最終成案では、これを削除したものである。

これらの諸法源において金銀偽造の罪は如何であったかというに、熊本藩の古例では礫、幕府法では引廻の上礫、堀草案では斬であって、かなりの重刑となっている。右に対し、同藩の宝暦以後の例では入墨・百答・三年肩無（徒刑）、梟首、頸刺墨・百答・雑戸等であって、犯状により区々であるが、前者に比して若干軽減されているようである。処で明律では、宝鈔（紙幣）偽造は斬、私鑄銅銭は絞、金銀偽造は杖一百・徒三年とあって、宝鈔偽造と私鑄銅銭とが死刑とされたのに対し、金銀偽造が比較的軽罪であるのは、前記付札が述べる如く、金銀そのものは現物で取引され、それを偽造することは民を欺罔することにはなるが、宝鈔偽造や私鑄銅銭の如く官そのものに対し罪を犯したのではないからという理由によるものである。この偽銀事件がどのように決着をみたかについては、前記史料には何も記されていないので、これらの諸法源間における法的効力の優先順位については未詳であるが、結局、適用すべき法規を缺いている場合には、これら諸法源の条規を総合的に考慮して量刑を決定したものであろう。

しかし、これらの諸法源の間にあって、中国法、特に明清律が他の法源に比して、刑法方役人にとって重んぜられたことは、前述の如く刑法草書が明清律に倣って編纂されたことから推しても想像に難くない。即ち刑法草書編纂責任者たる堀平太左衛門が、明律を指して「大明律」といい、「近代ニ及ビテハ大明律、尤モ其精細ヲ極ム」と称讃したこと（「銀台遺事」武藤殿男編『肥後文献叢書』第一巻所収七頁）、又同じく編纂者の一人、清田新助が明律を「華律」と称したこと（「刑法草書」一本の付札）等によって知られるように、同藩においては明律が早くから高い評価を得ていた

のである。今、京都帝国大学法学部日本法制史研究室編『近世藩法資料集成』の第二巻『熊本藩御刑法草書附例』を繙いてみても、成文法規欠缺の場合、明清律を参酌して判決が下され、又「例」(刑法草書の追加規定)が立法されたことは、枚挙に遑がない。例えば「律文斟酌を以、答刑被 仰付候例」(二〇頁)、「律文ニ拠、僉議ニ相成」(二二頁)、「律によって法則を被立置」(六二頁)、「追而猶明律等之内、見合相決可申」(一七三頁)等々の如くである。なお刑法草書や「例」に明文規定なき場合、明清律を以て、それを補充する仕方であるが、勿論、当該事案と構成要件を等しくする明清律をそのまま適用することが多い。しかし、明清律にも、かかる規定なき場合は、更に当該事案と内容の類似せる明清律中の他の条文を類推適用する場合もままある。例えば、紙楮の密売買の犯人が自首した際、その贓物を藩が没収するか否かについて、清の刑律・課程・塩法条本注の私塩(塩の密売買)の自首に准じ、その罪は免するが、贓物は没収するとした如きである(前掲書三四頁、慶応元年)。

以上は、法規欠缺の場合、明清律を以てそれを補った例であるが、次に従来の判例に異同が生じた場合、やはり明清律を以て、それを修正した例がある。即ち赦によって、その罪が免ぜられた行為について、再犯の場合、それをいかに扱うか、熊本藩では先例が区々であった。前記「参談書拔」によれば、天保六年(一八三五)、刑法方役人は、次の如き伺いを奉行宛に提出している。

一 御赦宥ニ而罪狀御免被成置候者、再犯之節、加等有無之儀、御刑書明文無御座候得共、一旦罪科御赦宥被仰付候上者、縦令再犯に到候共、其節を初犯ニ取扱候儀、恩赦之儀ニ當可申哉、明清律抔、其通相究、於御刑法方も右之通、御取扱相成來候處、文政二年、同六年兩度赦被 仰出候節、寶曆中被 仰出候赦を見合しらへ相成候由之處、寶曆之御赦ニ逢、其後再犯ニ到候者共、御赦宥之罪を前刑ニ被立、再犯之加等被 仰付候例有之候に付、右兩度之御赦ニ限り、再犯之節、罪之加等被 仰付候、然處、文政九年被 仰出候御赦旨、更ニ文化之御赦を見合

しらへ相成候付、此御赦ニ逢候者、再犯之節、又前刑取省キ初犯ニ取扱候例ニ復し候、當時取扱様、兩端ニ相分  
申候、……………

即ち、刑法方役人は赦宥により罪状を免じられたものが再犯の節、罪を加重されるか否かについては刑法草書に明文がないが、一旦罪科が赦宥により免じられたならば、再犯に至っても、それを初犯として扱うことが恩赦の義に叶っており、明清律もそのように規定されていると主張し、判例に赦宥により免じられた罪を初犯として数える場合と数えない場合との両者があることは公平ではないというのである。右の「明清律」とは、その刑律・賊盜・窃盜条を指すのであろう。即ち、次に掲げる通りである。

凡窃盜……………初犯並於右小臂膊上、刺窃盜二字、再犯刺左小臂膊、三犯者絞、以曾經刺字爲坐、

右の条文中の「以曾經刺字爲坐」なる文について、今、『明律集解附例』によると、

纂註、……………所犯次數、以曾經刺字爲坐、如自首及赦免、收贖、……………得免刺亦不充警、俱不在次數之限、

とあって、自首、赦宥、收贖等によって、盜犯の入墨を免れたものは、その犯罪は累犯の回数から省かれたのである。熊本藩の累犯加重の規定は、盜犯のみならず同種の犯罪について広く認められているが（刑法草書、名例・再犯条、前掲書六四頁以下）、その累犯の回数の数え方について、前記刑法方の意見は明清律に倣った訳である。なお、この意見は奉行西村半助も支持し、藩当局もこれを認めて、天保六年の「例」として確定した（前掲書七三頁）。

## 二 量刑の基準としての中国法の機能

次に熊本藩の法規運用の面において明清律の果たした機能の一つに、量刑の基準としてのそれがあつた。即ち同藩刑法方において、当該行為をいかほどに罰すべきかという問題が生じたとき、量刑の尺度として明清律が用いられたの

である。右について、以下、その具体的事例をあげて考察することしよう。

左に掲げる文久二年（一八六二）二月の事案は、中富手永岩原村百姓幸右衛門他三名が同村十右衛門に遺恨を含み、十右衛門が畑中に積み置いた大豆を焼き払ったものである。「参談帳」からその関係史料の一部を抄出して掲げるところとする。

中富手永岩原村  
頭百姓源右衛門<sup>倅</sup>  
慶右衛門  
中富手永岩原村  
頭百姓茂左衛門<sup>倅</sup>  
新左衛門  
同村九左衛門<sup>倅</sup>  
幸右衛門  
同村  
又左衛門

文久二年二月六日

右者、同村十右衛門江無謂儀ニ遺恨を含、幸右衛門發言いたし、十右衛門作り置候大豆を引キ、畑中江六ヶ所江積置候ニ火を附ケ焼拂候、

小山門喜自筆

此者共儀、口書之通ニ御座候、田畑作物焼候御刑條者無之處、故ラニ山林を焼候者、答八十徒二年ニ可被處との近例、且清律成案ニ山林を焼候者、田場積聚之物を焼之律<sup>々</sup>一等減と相見候付、右山林を焼之近例<sup>々</sup>一等重ク、左候得者、幸右衛門儀者主犯之者ニ付、答九十徒二年半、殘三人者從罪と云を以一等減、八十徒二年充刑可被處<sup>（寄脱）</sup>之處、……

右の事案の擬律につき、刑法方奉行小山門喜の考えは、次の如くである。即ち、田畑の作物を故らに焼失せしめた

罪については、刑法草書に明文規定がない。しかし、放火して故らに山林を焼失せしめた者の罪は、最近の判例では答八十・徒二年である。処で判例集である清律成案をみると、山林を焼失せしめた者の罪は、田場積聚の物を焼失せしめた者の罪より一等を減じている。従って此の度、田畑の作物を焼失せしめた者は、清律成案に倣えば山林を焼失せしめた者の罪より一等重く罰すべきであり、そうすると幸右衛門は主犯であるから答九十・徒二年半、他の三名は従犯であるから一等を減じて答八十・徒二年になると。

しかし、この擬律にみる小山の理由づけには問題がある。小山は、刑法草書に田畑作物を焼く罪が規定されていない以上、清律にある田場積聚之物を焼く罪をそのまま、この事案に適用してもよかった筈である。しかし、小山はどのように考えず、田場積聚の物を焼く罪と山林を焼く罪との刑の軽重の關係について、わざわざ清律成案を利用し、山林を焼く罪に関する藩の近例にそれをあてはめ、逆に田畑作物焼失の罪に対する刑を案出するという、まわりくどい理由づけを敢えてしているのである。それは何故であるか。今、清の刑律・雜犯・放火故焼人房屋条をみると、それには次の如く規定されている。

若放火、故焼官民房屋及公廨倉庫係官積聚之物者<sup>不分首從</sup>皆斬、其故燒人空閑房屋及田場積聚之物者、各減一等、

右によれば、田場積聚の物を故らに焼失せしめた場合は、官民の房屋、及び公廨・倉庫等にある官の積聚の物を故らに焼失せしめる罪、即ち斬より一等を減ずるとあるから、その罪は流三千里・杖一百となる。これを刑法草書の刑罰体系にあてはめれば類刺墨・答百・雜戸の刑となる。このように清律の田場積聚の物を故焼する罪をそのまま熊本藩に適用すれば、余りにも重刑となり、妥当性を缺く結果となることを小山は知っていたのであろう。従って、小山は清律成案にある田場積聚の物を故焼する罪と山林を故焼する罪との比重のみを本件に利用して、適用すべき妥当な量刑を考え出したと思われる。



熊本藩において、犯罪に対する刑罰の輕重を量る為、明清律にその基準を求めた例をもう一つ挙げよう。次に掲げる「參談書拔」記載の天保八年（一八三七）十一月の牛馬殺事件である。

正院手永宮原村穢多  
平兵衛

右者、以前老馬を買取、故らに殺、皮を剥候ニ付、額刺墨・答百・徒三年被處答を穢多ニ付、徒を省キ、額刺墨・答百被處、重而牛馬を殺候ハ、死罪可被處旨被 仰付置候處、此節、猶又追々ニ老馬貳疋買取、殺候而皮を剥、利を貪候耳ならず、私ニ刺墨をも拔取候、

佐田右平自筆

.....

佐田右平再議

此穢多平兵衛儀、馬を殺再犯ニ付、斬罪之僉議相決候處、右之馬ハ盜而殺たるニ而ハ無之、買而殺たる馬ニ付、我馬を殺たるニ相當可申、左候ヘハ再犯なから死罪ニ處候儀ハ何程ニ可有之哉、.....

關係史料をすべて引用することは煩瑣にわたる為、省略するが、右の事件の大意は次の如くである。即ち、正院手永宮原村の穢多平兵衛は、以前老馬を買取り、故らに殺し、皮を剥いだ為、額刺墨・答百・徒三年の刑に処せられる筈であったが、穢多であるという理由から徒を省かれ、額刺墨・答百に処せられ、且つ重ねて牛馬を殺すならば死罪に処せらるべき旨を仰せ付けられた。しかるに、この度また老馬二疋を買取つて殺し、皮を剥ぎ利を貪ったのみならず、私に刺墨をも抜き取ったというのである。

刑法方奉行佐田右平の穢多平兵衛の罪状に対する擬律は、次の如くである。即ち刑法草書によれば、同罪再犯の者は前刑に四等を加える定めである（名例・再犯条）。殊に平兵衛に前刑を申し付けた際には、重ねて犯したならば死罪

に処する旨、申し渡してあるにも拘らず、残忍の心底、いささかも改められていない。従つて前刑たる類刺墨・答百・徒三年に再犯四等を加え斬罪<sup>(3)</sup>に処すべきであると。処が右の佐田の意見に対して異論が生じた。即ち、平兵衛は馬を盗んで殺したのではなく、買い取つて殺したのであるから、自己所有の馬を殺したことに相当する。又、初犯の節に重ねて馬を殺した場合は、死罪に処すべき旨が申渡されてはいるが、牛馬の為にたやすく人命を断つこともないではないかと。この異論に対し、佐田は次の如く反駁した。即ち畜主を欺き、残老用に堪えない馬牛を故らに安値で買取つて直ちに屠殺し、或は毒殺餓死せしめて自然死を装おい、よつて開剝して利を貪る行為は、盜殺の罪名はなくとも、その造意においては全く盜殺に等しいものであると。かくして佐田は、牛馬盜殺等の罪は、刑法草書にも明文なく、判例も一定していないとして、「律例」を参照して次の如く立案した。

佐田右平再議

……試ニ律例ヲ照シ目安を立申候、

一盜殺 斬

但、律之盜殺ニ五等を加、本行之通、……

一故殺 類刺墨・答百・徒三年、再犯之者ハ斬、

但、律之故殺ニ五等を加、本行之通、尤律之故殺ハ盜殺より三等減、今斟酌して二等を減す、○利を圖之造意を以、故らに老牛馬を買、殺候者、及人ニ意趣有之、故らに其人之馬牛を殺候者、皆此刑ニ處す。……

一宰殺 刺墨・答百・徒三年、再犯之者斬、

但、律之宰殺ニ六等を加、本行之通、尤律之宰殺ハ故殺より二等減、今斟酌して一等を減す。○自己畜養したる老馬牛を殺し、開剝して利を圖る者、此刑ニ處す、

盜殺 杖一百徒三年、賊重者罪至<sup>キ</sup>死

故殺 盜殺ヨリ三等減

杖七十徒一年半、賊重者准<sup>キ</sup>盜論

畜主ニ意趣アツテ殺スヲ云

宰殺 故殺ヨリ二等減

杖一百、觔角皮張入<sup>ヘ</sup>官、誤殺及病死者不<sup>レ</sup>坐<sup>キ</sup>

自己ノ馬牛ヲ殺スヲ云

律、條例

.....

和律

.....

前述の如く、佐田は牛馬殺の罪が刑法草書に規定されておらず、又判例も一定していないので、ここに「律例」を参酌して、その罪を立案した。佐田のいう「律例」とは何かというに、前掲「盜殺 杖一百徒三年、賊重者罪至死」なる文に「罪至死」とあることが注目される。即ち明律では牛馬の盜殺は死に至らず、清律ではその刑の上限は「絞<sup>監</sup>候<sup>監</sup>」であるから、佐田の引いた律は、明律ではなく清律である。又、佐田の引いた「律條例」も、その内容から清の兵律・廐牧・宰殺馬牛条の條例である。従つて、佐田のいう「律例」は、明らかに清の律例と考えてよい。

佐田は清律に倣つて馬牛殺の罪を盜殺、故殺、宰殺の三者に分ち、この三者の構成要件の違いについて、前掲の如く説明した。それでは佐田は、この三者に対する量刑をどのように考えたか。清律では、前掲の如く盜殺は杖一百・

徒三年、故殺は杖七十・徒一年半、宰殺は杖一百である。これを熊本藩の刑罰体系に引き当ててみると、盜殺は答一百・徒三年、故殺は答七十・徒一年半、宰殺は答一百となる。しかるに佐田は馬牛殺の罪を立案するに当って、右の清律相当の刑をそのまま熊本藩の刑とはせず、更にこの刑に何等かを加重した。即ち、佐田は盜殺、故殺の兩者に対しては、右に更に五等を加え、宰殺に対しては、右に更に六等を加えた。そうすると盜殺は斬、故殺は額刺墨・答百・徒三年、宰殺は刺墨・答百・徒三年となる。これが佐田の熊本藩における馬牛殺の量刑の私案であった。ここで問題は、何故佐田は清律相当の刑に、盜殺、故殺は五等を、宰殺は六等を加えたかということである。

今、盜殺、故殺、宰殺の三者間の刑についてみると、前掲史料にある如く、清律では故殺は盜殺より三等軽く、宰殺は故殺より二等軽い。これに対し佐田案では、故殺は盜殺より二等軽く、宰殺は故殺より一等軽い。（寛政七年の「例」により三死を一等とすれば、斬より一等を減すれば額刺墨・答百・雜戸となり、更に一等を減すれば額刺墨・答百・徒三年となる。又、額刺墨・答百・徒三年より一等を減すれば刺墨・答百・徒三年となり、何れも佐田案に一致する。）結局、佐田は三者間の刑の輕重を清律の場合より、それぞれ一等ずつ縮めたのである。このようにして佐田は清律を基準にして、盜殺、故殺、宰殺三者間の刑の輕重のバランスをとったのである。それでは佐田は何故、清律相当の刑をこの三者にそのまま適用しなかったのであろうか。それは恐らく當時の熊本では、中国にくらべて馬牛は貴重なものとされており、それを殺す行為のもつ社会的意味が中国と熊本では異なっていたからであらう。即ち、馬牛殺の罪につき、清律をそのまま熊本藩の刑罰体系に引き当てて立案した場合には、余りにもその刑が輕きにすぎる結果となったに違いない。しかしながら、馬牛殺行為の前記三者間における量刑の関係については、これを清律に倣って、その輕重の均衡を失しないように佐田は配慮したものと思われる。

処が「參談書拔」の前掲史料の続きをみると、奉行佐田の意見は、そのまま藩庁の認めるところとはならなかつ

た。即ち家老長岡監物は、右に對し修正意見を出し、律文の故殺、宰殺の別は、中国においては残老無用の牛馬を殺す「道」（牛馬の肉を食する習俗をいうものか）がある為、その必要があるが、我が国では牛馬を殺す「道」がないから、他人所有の牛馬を殺す罪と自己所有の牛馬を殺す罪とは区別する必要はなく、むしろ自己所有の牛馬は、我が勞を助け、我が妻子を養つて来たものであるから、無用になったからとて、それを殺し利を図ることは、他人の牛馬を買取つて殺す罪よりもなお残忍な行為であり、従つて故殺と宰殺との刑の輕重は同等とすべきであると主張した。佐田もこの意見に同意し、宰殺は故殺と同じく扱い、共に類刺墨・百答・徒三年、再犯者は斬とし、天保八年十一月、それが「例」として確定した（前掲書一四八頁以下）。

このように刑法草書に明文のない可罰的行為のいくつかについて、ここでは、その行為相互間の量刑の差の基準を清律に求め、更に日中間の国情の相違を斟酌して、それを修正するという手続がとられている。前に述べた田畑の作物を焼失せる罪は、清律よりも刑を減輕した例であり、右に述べた牛馬殺の罪は、逆に清律よりも刑を加重した例であるが、同じく牛馬を殺し、又同じく田畑の作物を焼失する行為であっても、日中間の問題状況の相違が量刑の差を生じ、異なる理由づけを求めているということができよう。

### 三 弁証の根拠としての中国法の機能（その一）

熊本藩の法規運用における明清律の果した機能について、我々は法規に明文なき場合、或は判例に異同の生じた場合、明清律を以つて、それを補充、修正する法源とし、又当該行為をいかほどに罰すべきやという問題が生じた場合、その刑罰の輕重をはかる基準を明清律に求めたこと等を指摘して来た。処で更に注目すべきは、従来の法規を改正する場合や新しく立法を試みる場合、明清律がその改正や立法を正当化する為の論拠としても屢々利用されたこと

である。相手方の説得をめざす議論、即ち弁証においては、自己の所論が正当であるというための何らかの根拠や理由づけが明示されることが重要となる。<sup>(1)</sup>明清律はその論拠や理由づけとして屢々熊本藩において利用されたのである。以下、その例を二、三あげて考察を加えたいと思う。

寛政二年（一七九〇）正月の「例」（前掲書五頁以下）には、次の如く見えている。

一御刑法ニ依而刺墨を被加置候もの、其後心底を改、良民と相成候者、追而刺墨を被除下候ハ、善ニ移候一端ニ茂相成可申、併不輕儀ニ付、前蹤無之候而者難奉伺、因而清律之内致吟味候處、其法有之候付、斟酌を加、諸刑條ニ而刺墨被加置候者、隨分相愼、生業ニ基キ、九ヶ年茂過候ハ、支配々々々委數相達候様、例之教諭申達候節、一同及達置、左候而九ヶ年後、達有之候ハ、其懸々々之御横目達之趣承合、彌相違無之ハ僉議之上、刺墨可被除下哉、……………

刑法草書によれば、刺墨は徒刑の中に規定され、一般の徒刑、即ち笞六十・徒一年から笞百・徒三年までの五等の上に、更に刺墨・笞百・徒三年、額刺墨・笞百・徒三年、右同・笞百・雑戸の三等があつて、この三等を明律の五刑に比すれば、その流刑、即ち流二千里・杖一百、流二千五百里・杖一百、流三千里・杖一百に相当する重罪である。刺墨は右の手首に、額刺墨は額に施されるものであつて、右の「例」は、手首に刺墨を施されたものが一定期間、改悛した場合には、その刺墨が除かれるという規定であり、いわゆる特別予防的措置といえる。但し、右の史料によれば、この制の例外として死罪相当の者が宥されて刺墨を施された場合、雑戸につけ置かれた場合、姦罪を犯し、被害者たる女がまだ婚姻できないでいる場合、殴傷の罪により被害者が残疾不具の状態となつた場合には除墨は認められない。なお改悛の期間は最初九年と立案されたが、家老志水才助の意見により、後それが五年に縮められた。現在、永青文庫に「除墨帳」一冊が遺されており、右の「例」が施行されたことが明らかであるが、「除墨帳」の巻首にも、

前掲「例」とほぼ同一の文が記載されている。

このように刑法草書の規定を改めて、新しく除墨の制をつくることは、実は容易ならざることであつて、それには前掲史料にある如く、「前蹤」がなければならぬとされた。その「前蹤」、即ち先例として、ここに「清律」が援用されることになるのであるが、この点について、前記「除墨帳」には、次の如く記されている。

……左様之ものハ追而刺墨を被除候様御座候ハ、愈惡キを改め、宜敷ニ移り申候一端ニも相成可申哉と奉存候得共、輕からざる儀ニ付、前蹤等無之候而者容易ニ難奉伺、段々吟味仕候處、清律之内ニ別紙書拔之通相見、彼方ニ而も追而刺墨を除候法相立チ居申候、乍然其仕法ニ於て清律之趣、此方ニ而者相當仕間敷哉、依之申談候者、以來之儀、諸刑條ニ而刺墨を被加置候者、其後行跡相愼、駈ト夫々之生業ニ成り立、九ヶ年程を過キ申候者ハ支配ノ其段委數相達候様ニ……

右の文は、恐らく刑法方役人より藩庁宛に提出された伺の一節であらうが、同藩除墨の制の「前蹤」とされた「清律」は、「別紙書拔」の通りとされている。この「別紙書拔」の内容は、右の「除墨帳」には掲載されていないので不明であるが、具体的には次に掲げる清の刑律・賊盜下・起除刺字条にある条例を指すものではなからうか。

一凡窃盜刺字發落之後、責令充當巡警、如實能改過緝盜數多者、准其起除刺字復爲良民、該地方官編入保甲、聽其各謀生理、

右の大意は、次の通りである。即ち窃盜の罪を犯し、刺字を加えられた者は、郷里に歸した後、申し付けて巡警（めあかし）の役に当てる。もし過ちを改めて盜人を逮捕することが多ければ、その刺字を抜き取つて良民と爲ることを許す。即ち当該地方官は、これを保甲（自衛の爲の自治組織）に入れ、各々渡世の道を立てることを許すと。又、右文の注釈である清律総註、及び輯註にも次の如き文が存する。

凡一應盜賊曾經刺字者、徒滿發回原籍、使充巡警之役以踪跡盜賊、果能悔過遷善、立功以自贖、然後起除刺字復爲良民、（総註）

發於市肆人民稠密之處、夜則巡警、日則跡賊、故曰充警跡、能立功自贖、然後起除刺字、使爲良民、既收其察盜之用、復開其自新之路、此律之深意也、（輯註）

もし刑法方役人によって「前蹤」とされた清律が右の条例であるとするならば、今、清の条例と熊本藩の「例」とを比較して、次のようにいうことができよう。清律の入墨、即ち刺字は盜犯に対してのみ科される附加刑であるが、熊本藩の入墨、即ち刺墨は刑法草書によれば、盜犯に対してのみ科されるものではなく、それは一般の犯罪にも科される基本刑の一部となっている。又、清律で刺字が除かれるのは、刺字を施された者が帰郷後、巡警の役につき、盜賊を多く逮捕した場合、その功績に対して為されるものであるが、熊本藩で刺墨が除かれるのは、刑の執行後、行跡を慎しみ、生業を営んで一定期間を経た者に対して為されるのである。このように両者の除墨の制は、同じく入墨を取り除くことではあっても、その意味する内容には大いに異なるものがあつた。「除墨帳」に記載された前掲の文に、「乍然其仕法ニ於て清律之趣、此方ニ而者相當仕間敷哉」といっているのは、這般の事情を指しているのである。しかし、それにも拘らず、刑法方役人が清律を除墨の「前蹤」として、ここに持ち出したのは、右の条例にある「実能改過」、総註にある「果能悔過遷善」、輯註にある「開其自新之路」という儒教的な改過遷善思想によって、この刺字起除の条例の文が根拠づけられているからであつたに違いない。清律の「改過」では、官憲に協力して盜賊の搜索、逮捕に対する功績如何がその「改過」をはかる尺度であり、熊本藩の「改過」では、再び罪を犯さないという改悛の情如何がその「改過」をはかる尺度であつて、両者の内容は全く異なるのであるが、同藩ではなお、それをもって除墨の制の「前蹤」としたのであつた。即ち熊本藩では、清律の条文そのものではなく、そこに内在する思想



やその基礎を為す原理的なものを把えて、それを「前蹤」とし、現行法の改正や新しい立法の爲の根拠づけに利用しようとしたのである。

熊本藩における刺墨の除去に中国法の果した役割について、もう一例を提示することにしよう。それは「参談書拔」に記載された文化十四年（一八一七）の類刺墨除去に関する僉議である。類刺墨は前述の如く、犯罪者の額に入墨する刑罰であって、腕に入墨する刺墨の刑よりも更に重刑であり、明律の流二千五百里・杖一百、及び流三千里・杖一百に相当する。

文化十四年正月、穿鑿頭小山門喜、同友岡藤左衛門両名から類刺墨は受刑者の更生保護という見地から、これを廃止すべきではないかという意見が刑法方奉行に出された。熊本藩では刑法草書制定以来、諸藩に先がけて徒刑制を採用して来たが、受刑者にとって改善の効果薄く、且つ徒刑費用が多額に上り、藩財政にとって過重な負担となつていくという理由から文化二年（一八〇五）、これを廃し、徒刑をすべて笞一百に換えて執行することとした。しかし同十一年、中老兼大奉行島田嘉津次は、宝暦改革の理念を継承し、再び徒刑の制を採用した。<sup>(5)</sup> 右の穿鑿頭の伺は、この徒刑復活後、数年を経た時点に出されたのであって、その文中に、「今度徒刑御回復被仰付、黥徒共、定小屋江被差置候内、以後心得方等教導いたし候様ニ御穿鑿所一手ニ被仰付置候之内、」云々とあるのは、徒刑復活に関し、刺墨を施された徒刑囚も徒刑小屋に収容して労働せしめ、その服役中の教化改善は一切、穿鑿頭の職務とされたことをいうのである。処が類刺墨を施された者が徒刑中、いかに改善に励んでも、徒刑の執行が終了して帰郷し、生業に就いた場合、類刺墨は受刑者の自立更生にとって重大なる障害となるものであった。従つて、穿鑿頭としては、かかる見地から類刺墨は暫らくこれを停止するよう、その検討方を刑法方奉行に願ひ出た訳であった。

この穿鑿所からの内意を受けて、刑法方では僉議を行ない、同年二月、刑法方奉行服部太門、松村英記両名から更

に藩庁に対し、額刺墨は受刑者の教化改善、更生復帰を求める立場から、これを廃止すべきではないかという伺が出された。即ち、次に掲げる通りである。

額刺墨被加置候刑人者、永ク刑人與申儀、著敷衆人忌嫌候付、往々生産難成、飢寒ニ迫候故、不得止事、又々盜等いたし候段、愁訴いたし候者も多有之候間、被及御參談度由、御穿鑿頭より内意御座候、右者無餘儀様子ニ相聞、縱令改心いたし候而茂、戮辱ハ永ク相成、人前も難成候得者、改心之詮儀無之、殊ニ生産を失イ、及飢寒之外無之道理顯然たる上者、教戒之仕様も無之、旁其儘ニ者難被聞可被有御座哉、自古墨劓刑宮等之刑も有之儀候得共、官刑之者を聞官とし、又者蠶室ニ養類より推候へハ、劓刑之如きも同様廢人ニ相成候事ニ付、生産を得せしめ候仕法は有之たると被相考申候、孰レニ生産を失イ候心を其儘ニ者難被聞事ニ付、如何様とそ御仕法可被付哉之處、根元御刑書ハ全軀明律ニ因而御定被置候儀ニ候處、明律ハ左之通、

明律譯義、竊盜條

初犯ノ何連茂、右之小臂<sup>膊</sup>之上ニ竊盜之二字を刺し、再犯ハ左之小臂之上ニ刺し、三犯ニ到連ハ絞罪ニ行ふ、尤兩臂之上ニ刺字有を以て三犯とす云々、

右之通ニ而、額者相見不申事ニ付、被指止候而も、可然哉と相考中間、以來徒刑被指免候節ハ、額之刺墨ハ拔取被下、其代リハ手ニ被加置、雜戸ハ始々額ニ者刺し不申様被仰付候而ハ如何可有御座哉、

嘉津次殿自筆

徒刑ニ候間ハ額刺墨被加置候得者、全被指止ニ而茂無之、評議明律とも符合いたし、事柄も額を腕ニ移シ候斗ニ而新儀與申ニ而ハ無之、旁以此通ニ而可然哉、

周禮ニ云、墨罪ハ五百ト云々、又云、墨者ハ使<sup>レ</sup>守<sup>レ</sup>門ト注、墨ハ刻<sup>テ</sup>額<sup>ニ</sup>而<sup>ニ</sup>涅<sup>ス</sup>之トアリテ、額ヲ刻<sup>テ</sup>墨ヲ入<sup>レ</sup>ヌルコ

ナリ、是ヲ黥トモ云ナリ、故ニ古ヨリ墨刑ハ額刺墨ナリ、尤漢ノ文帝、肉刑ヲ除レシ寸、<sup>(時)</sup>墨刑ニ當ルヘキモノハ髡鉗ノ城旦舂トナセシナリ<sup>(髡ハ髪ヲソルヲ、髡ハ髪ヲ鉗ハ鐵ヲ以テナリ)</sup>

嘉津次殿自筆

墨者古ハ守門之役ニ附ケ、生命を保ツノ道を立遣シ、今と者額刺墨斗を取用イ、生命を保ツノ道ハ付ケ不遣候間、旁以此節之僉議之通ニ而可有之哉、

覺

(前略)

一額刺墨之儀付而、僉議書并辛嶋才藏吟味之書付共

右奉窺候、以上

二月

服部太門 印

松村英記 印

太門方付札ニ下儀、付札之通被仰出候事

二月廿二日

右の刑法方の僉議書の中、冒頭の「額刺墨被加置候刑人」から「旁其儘ニ者難被閣可被有御座哉」までの文は、穿鑿頭の内意を受けて書かれたものであり、その後の「自古墨劓剕宮等之刑も」以下が刑法方の僉議を経た上で書かれたものである。処で、この僉議書には、額刺墨廃止の論拠として、次の二つが挙げられていることが注目される。その一つは、中国古代の墨劓剕宮等の肉刑も、これを受けたものに対しては、生活し得るような方法が講じられてい

るとして、宮刑を受けたものを閹官（宦官）としたこと、又周礼の文を引き、古代の刺墨は額刺墨であり、それを受けたものをして門を守衛せしめたこと等が記されていることである。即ち、ここでは受刑者に対する生活保護の例が中国古代の法制に求められているのである。その二つは熊本藩の刑法草書は、全体として明律を踏襲して定められているが、その明律には小臂膊の上に刺墨を加えることは見えているものの、額に刺墨を加えることは見えていないから、従って当藩においても、額刺墨は廃止してもよいのではないかということである。刑法方の提案は、右の二つの理由を挙げて結局、徒刑終了後は額の刺墨は抜き取り、その代りに手に刺墨を加え、雑戸（非人）とされる場合には、当初より額には刺墨を入れないようにしてはどうかというものである。

次に、この刑法方の僉議書に対する大奉行島田嘉津次の意見であるが、それは前掲史料にやはり二つ現われている。結局、島田は刑法方の僉議の結果に全面的に賛成しているのであるが、更に注目すべき意見を加えている。島田の第一の意見では、刑法方の提案では徒刑中は額刺墨が加えられるのであるから、額刺墨を全く廃止するのではなく、徒刑の執行後は額の刺墨を腕に移すだけであるから、「新儀」を行なうのではないというのである。しかし、よく考えてみれば、徒刑中に額刺墨を施しても、それは拘禁中のことであるから受刑者の生活にとって、さして障害にはならない。徒刑の執行後、額の刺墨を腕に移すということは重大なことであって、一般の刺墨であれば、前に述べた寛政二年の除墨の制によって特定の犯罪を除き、五年間、改悛の期間を経れば除墨されるのである。従って刑法方の意見を認めることは、場合によっては額刺墨の制を廃止することにもつながり、刑法草書の刑罰体系を修正し、熊本藩の刑政を変更することにもなる。しかし、島田はそうにはいわないのであって、この提案は額の刺墨を腕に移すだけのことであって、決して新例を開くのではないとして、ひたすら従来の刑政の方針と変化のないことを強調するのである。

島田の第二の意見においても、刑法方の提示した周札の文を受けて、古代、墨刑を施された者には守門の役について生命を保障する方法が取られているが、現今の類刺墨の制には、そのような方法が取られていないとして、やはり刑法方の僉議の趣旨に賛成している。ここでも、受刑者に生命を保つ道を講ずるのが古代からの伝統法であり、熊本藩の類刺墨の制は、この伝統法に従っていないから、これを廃止してもやむを得ないという意向がそこから窺われ、同じくその廃止の根拠が中国の古典に求められていることが注目されるのである。

#### 四 弁証の根拠としての中国法の機能(その二)

このように刑法草書の規定を改める論拠として周札が持ち出されるのは、それが中国聖代の法典としての意味においてであり、又明律が援用されるのも、それが刑法草書の淵源であるという意味においてであった。それらは何れも、当時の熊本においては権威を有するものであり、そこには弁証的推論の前提とされる、アリストテレスのいう「エンドクサ」の概念に通ずるものがあつたのである。<sup>(?)</sup>かかる考え方は、同じく「参談書抜」所載の文化十四年(一八一七)の銀所預(銀札)偽造をめぐる議論においても認められる。藩札の偽造は刑法草書に明文なき為、従来、同書詐偽・謀判条の「似せ差紙、似せ切手等いたし候者磔」を類推適用し、磔刑に処していたのであるが、文化元年、それを改め、原則として右から一等を減じ、秋斬を待たず即決の梟首か、或は事情により秋斬とされた(前掲『熊本藩御刑法草書附例』一六〇頁以下)。処が文化十四年に至り、この罪の扱いについて再び議論が起り、右の斬を更に宥免して永徒(長期徒刑)、もしくは永牢(無期禁錮刑)とすべきであるとする論と、従来通り斬とすべきであるとする論との両者が対立した。今、ここでは、右の藩札偽造の罪に対する刑として死刑が妥当であるかどうかを考察しようというのではない。ここで問題にしたいのは、論者の議論のたて方である。なお議論の細部にわたる展開は、これを省略し、そ

の大筋だけを紹介することとする。<sup>(8)</sup>

まず、この罪に関し死刑有免論者である刑法方奉行松村英記の場合であるが、松村の献議は、凡そ次の如きものである。即ち、この罪は従来、磔の極刑に処せられて来たが、元来刑法草書に明文規定なく、又藩札は家中の財政再建の為、やむを得ず発行したもので、その品質よろしからず、偽造し易い事情もあること等から、先年、右の刑から一等を減輕して秋斬ということになった。しかし、磔も秋斬も死刑であることに変わりはなく、もとより官物を偽造することは重罪であるにせよ、新しい政策の実施に伴って、死刑該当者が出来することは、治政の上からみても好ましいとはいえない。さればといつて、藩札の通用を禁止すれば銀の現物が他国へ流出する恐れがあるから、この罪は永牢、もしくは永徒とするのが適當であるというのである。この松村の献議に対し、この罪に関し死刑存置論者である刑法方奉行服部太門は、嚴科に処せられてさえ違反者があるのに、死刑を減輕したならば、更に藩札偽造者が増加する恐れがあるとして反対した。

右の服部の反論に対し、松村は再度意見を藩庁に提出した。松村の再議の内容は、死刑に処せられた者と笞刑に処せられた者との数を年毎に調べ、安永元年（一七七二）以後、文化十年（一八一三）までの四十二年間の統計をとり、その結果、両刑とも、その処刑者は増加しているが、死刑は格別に増加していることを示し、もし嚴罰を恐れるならば死刑該当者の数は次第に減じ、笞刑該当者の数は次第に増す筈であるのに、事實はそのように見えないから、嚴罰による威嚇は犯罪の抑止に効果があるとは考えられないとし、やはり藩札偽造の罪は死を免じ、永牢とすべきであるというものである。右の松村の見解に対し、服部の意見は年々の犯罪者数の増加に対しては、治教を第一にし、刑罰も姑息にならぬよう厳しくすることが必要であり、その為、藩札偽造の罪は従来通り斬とすべきであるが、ただし情状酌量すべきものと罪の疑わしきものに対しては、「臨時論判」と規定してはどうかというものであった。

以上が藩札偽造の罪をめぐる議論の概要であるが、ここで両者の議論のたて方、及びその論拠とするところを考察することとする。松村は最初の献議において、当該犯罪に対する刑罰を近年、礫から秋斬に減輕した措置について、礫も秋斬も死刑には変りはないとした後、続けて、この「折角之御宥儀」も、「天心を被慰候程ニハ至リ兼可申哉と乍恐残念奉存候」といつていることが注目される。このように松村は、「御宥儀」、「天心」を慰めるまでには、まだ至っていないというのである。即ち、松村は「天心」を慰めることを以て、藩の刑政の最終目的としていっているといってもよい。次に、彼は「官物を似せ重罪者とは申ながら、新之御仕法によりて死に入候者、出来候而者、天の責ハ難免、兎角之不及論説」、「新之御仕法ニ而死ニ入候者、出来候而は、御国家之御冥加を奉増御仁政とハ難申上候」と述べている。即ち、ここでも彼は新しい政策により死刑に入る者が生ずるようになっては、「天の責」は免れ難いとか、「相済み難い」とか考えており、それは「仁政」とは申し難いと繰り返し述べているのである。

右の松村の意見に対し、死刑存置論者である服部太門は、どのような論拠に基づいて議論を展開しているであろうか。次に史料に即しながら具体的にそれを見よう。

此一件容易ニ死を宥候而は刑を恐之意相弛、罪人多者相成申間敷哉之所は最初ハ甚氣遣候故、御前議ニ付紙用置候通ニ候、……………別紙立合を此節致披見候得者、後廿一年全鉢罪人相増候、右は畢竟何事も年を逐ひ増益致し候儀、時勢之然らしむる儀と相聞、戦栗<sup>マ、イ</sup>不少候、此害を除候儀、第一御治教彌以御手厚ク、次ニは御刑罪姑息ニ流不申様、維持仕候外有之間敷、古昔聖代ハ刑法者嚴ニ相建居、左候而情可憐、法可疑與者、臨時判決有之たと相見候間、御法者は迄之通ニ而被閣、可憐可疑者有之節者、臨時論判ニ而者如何、紙幣者新法ニ付、此刑御刑書ニ無之與論候得者、左様ニも相聞候得共、根元紙幣ハ中古ハ有之、當時之新作ニ茂無之、其上、御刑條、左之通、

諸御役問之印を偽作し、又者盜用し、且似せ差紙、似せ切手等をいたし候ハ礫、

右之通有之候上者、此條ニ就候儀、適當ニ候處、御勝手操ニ因而不得止出來之紙幣故、近年一等被宥、斬ニ被極候處、明律紙幣之刑も斬與有之、古法ニ茂叶、後人之妄作ニ陷不申事ニ付、天心ニ背儀も有之間敷哉、御刑書者古を稽ヘ被建置候得者、是を的ニ仕候ヘ、不肖之者之僉議迎も、雖不中不遠、此的ニ不拘、新儀を記候端を開候ヘ、後年如何様之無稽之儀を引起可申哉茂難斗、於此所天心難慰可有御座哉、權道ハ中人已下ニ而難議、旁矢張御刑條并明律ニ因而、是迄之通被仰付置候方、丈夫ニ可有之哉と再考仕候、……

右の史料から明らかなように、最初服部は、死刑を減輕することからする刑罰の威嚇的效果が減少することを恐れたのであるが、死刑該当者と答刑該当者との数の統計の上からする松村の反論に対しては、「古法」、「明律」、「御刑条」（刑法草書）の三者を論拠として再び反駁している。即ち、服部は藩札偽造の罪が刑法草書に規定されていないことを認めながらも、それに類似せる規定として前掲刑法草書の謀判条をあげ、それが礫の極刑とされていることを先ず指摘する。次に、それが近年一等を減じて斬とされたことは、明律の紙幣偽造の刑と一致し、「古昔聖代」からの「刑法」が嚴刑を趣旨としていることにも叶い、結局、その措置は「天心」に背くことにはならないとする。而して刑法草書は「古を稽ヘ」て作られたものであるから、これに依拠して僉議すれば刑政に大過はなく、これに反して新儀を開くことは、後年、「無稽之儀」を引き起すこととなり、「天心」を慰め難くするというのである。即ち、古聖代の法を具体化したものが明律であり、更にその明律に則って作られたものが刑法草書であるから、刑法草書の規定の解釈や運用に問題が生じた場合には、やはり「古法」や明律に立ち帰って考え直す必要があるというのが服部の論法である。そして、ここでは明律に従い、「古法」に叶うことこそが「天心」を慰めることであり、それを變えることは「後人之妄作」として斥けられるのである。



右の松村、服部兩奉行の議論についてみると、「天心」を慰めることを以って藩刑政の理念としていたことは兩者とも同じであるが、「天心」の解釈に相違があり、前者が寛刑の思想を以ってするのに対し、後者は嚴刑の思想を以てする。しかも後者の議論の特徴は、この「天心」を具体化したものが中国の「古法」であり、「古法」に沿って作られたのが明律であり、更に明律を踏襲して制定されたのが刑法草書であるとして、「天心」とそれらの実定法規とを結び付けた点にある。兩者の議論の何れが妥当であるか、今、ここで問う必要はない。すでに類刺墨廃止においては、中国の古典である周礼と明律とが、その廃止の論拠に持ち出され、熊本藩の刑政改革に大なる影響を及ぼしたことを指摘した。ここでは、やはり中国の「古法」と明律とが死刑有免論者に対する有力な武器として、今度は逆に従来の刑政の原則を維持する保守的な役割を演じていることが注目される。松村、服部兩者の議論の行方は定かではないが、この一件の死刑有免が「例」として定着しなかったことからすれば、結局、松村の議論は藩当局によって認められなかったことと思われる。

## 五 熊本藩における中国法研究の意義

明清律や儒教の古典が現行法である刑法草書やその追加法である「例」を変更する議論の根拠となり、場合によっては、それを変更しようとする議論に対して、逆にそれを維持しようとする議論の根拠ともなり得るのは、すでに述べた如く当時の熊本藩では、刑法草書は明清律に基づき、明清律は中国の「古法」に基づき、中国の「古法」は更に「天心」に基づくという考えが存したからであった。今、それを図式化するならば、

天心——古法——明清律——刑法草書

という権威間の序列が当時の熊本藩において成立していたことになる。それでは、右の中国の「古法」とは具体的に

は何を指すのであろうか。同藩においては、それにはすでに屢々言及した周礼が第一に考えられるであろう。前述の類刺墨廃止を主張する刑法方奉行の論拠として、刑法方の「僉議書」と共に、周礼の記事を引用した儒者辛島才藏の「吟味之書付」が藩庁に提出されていること、刑法草書は明律を範として編纂されたものといわれるが、そこには明律のみならず、周礼の影響とおぼしきものが認められること、更に同藩では宝暦以降、幕末明治初期に至るまで、周礼の研究が極めて盛んであったこと等から推して、そのように考えるのが至当と思われるからである。もし右のように考え得るとするならば、周礼は「ゾレンをサインで示したもの」<sup>(10)</sup>といわれるように、非実定的な「天心」と実定法である明清律との中間に位置し、「天心」ほど超歴史的、超経験的なものではなく、さりとて明清律ほど個別的、現実的なものではない。従って、同藩の為政者が自己の主張を正当化しようとする場合、周礼は、その理由づけを引き出す無限の宝庫として明清律よりも更に有効であったといえよう。熊本藩において、周礼がとくに重んぜられ、よく研究されたというのは、そこに意味があったからではなからうか。

以上、熊本藩の法規運用に際し、明清律がどのように利用され、又それがどのような機能を果たしたかについて考察して来た。その結果、法規に欠缺ある場合、或は判例に不備ある場合、明清律がそれらを補充する法源として用いられたこと、当該行為をいかにどのように罰すべきかという問題が生じた場合、明清律がその量刑の尺度として用いられたこと、又従来の法規を改正したり、新しく立法を試みたりする場合、その行為を正当化する為の、或は逆にそれに反対する為の議論の根拠として屢々明清律が用いられたこと等が明らかとなった。このように同藩では、法規運用に際し、明清律を積極的、且つ多面的に利用したのであるが、問題は右の中、とくに明清律が弁証の根拠として利用される場合である。

法規欠缺、判例不備に対する補充の為の法源として明清律が用いられる場合や量刑の尺度として明清律が用いられ

る場合は、明清律の諸条文、諸条例、或はその注釈等が殆どそのまま用いられることが多い。処が自己の主張の正当化を強く理由づける場合には、明清律と並んで中国の古典や、それに現われる思想とか原理とかが援用されることが屢々であった。前述の受刑者に対する刺墨除去に際し、清律の条例があげられると共に、そこに見られる改過遷善の儒教思想が強調されるのは、その典型である。又、額刺墨廃止の際にも、明律が引用されるだけでなく、中国古代において肉刑を科された者に生活の保障が為されたという周礼の記事が援用されて、その主張の有力な論拠となり、藩札偽造者に対し依然死刑を適用せんとする場合にも、明律の引用のみならず、中国聖代の「古法」が蔽刑を旨としたという指摘が、やはりその主張の有力な根拠の一つとされた。このように相手方の説得をめざす必要の程度が高ければ高いほど、中国古典の援用は、明清律の援用にもまして益々必要であり、且つ有効であったのである。

もとより右の事例にみる熊本藩の論者は、藩政を担当する責任者としての立場から、自己の主張が妥当性をもつことを実際の面から合理的に説明しようとする。例えば刺墨や額刺墨の廃止が受刑者の教化改善、自力更生にとって、いかに実質的な効果があるかを力説する。しかし、それに止まらず、彼等は中国法のみならず中国古典を盛んに援用し、自己の主張の正当であることを、この面からも理由づけようとする。この場合の中国法、とくに儒教の古典は、あたかもユスチニアヌス法典が長い間、ヨーロッパの法律家にとって、そうであったように、熊本藩の法律家にとって、何人によっても廃止されることなく、又何人によっても消滅されることのない權威ある法であった。この權威ある法を持ち出すことは、刑政の實際面からその合理性を理由づけることにとって不可欠なことであり、反対派も拒み得ぬ共通の場としての説得性を有するものであった。このようにして、彼等は藩政の實際に当って、屢々新しい法の創造を行ない、新しい制度を作って、それを実行したのである。しかも、額刺墨廃止の際の大奉行島田嘉津次の意見にみる如く、彼等は必ずしも、それを指して新しい改革とか新しい法の創造とかはいわない。そのことが事実、一つ

の革新を行なうことをみずから意識していたかも知れないのであるが、そうすると、ここでは西欧中世のかの「法の発見」という事象と相似たものを窺うことができる。中国法や儒教の古典をもって、現行の刑法草案の規定を変更することは、いわば古き法が新しき法を破ることであり、古き法が真の法であり、真の法が古き法であるとする「良き古き法」の観念と相通するものがやはり熊本藩にも存するように思われるのである。

それでは熊本藩の為政者は、中国法や中国の古典を、どのようにして弁証の根拠たらしめたのであろうか。前述の如く、彼等は受刑者に対する刺墨除去に際して、清律の条例をそのまま移入するのではなく、この条例の立法の妥当性を理由づけている「改過遷善」という儒教思想をそこから引き出し、それに当時の熊本藩で必要とされている内容を盛り込んで、それを基にして藩独自の刺墨除去の制を作り出した。彼等は清律条例にある「改過」なる語を用いながらも（前掲寛政二年の「例」には「其後心底を改、良民と相成」とあり、前掲除墨帳にも「愈悪きを改め、宜敷ニ移」とある）、それをば清朝の為政者の意味する内容とは変えて受容したのである。即ち、同藩では清律の諸規定に内在する思想や原理を抽出し、その抽出する作用の中で、法の創造を行ない、それを実行して行ったといえよう。

又、額刺墨廃止の際に援用された周礼には、墨刑を受けた者は門番に、宮刑を受けた者は宦官にされた記事が見えるが、これとても熊本藩の為政者のいうように受刑者の生活保護の先例とばかり言い得るであろうか。それらは生活保護というよりも、むしろ肉刑に併科された労役刑の面を強くもつというのが事実に近いものではなからうか。「刑人（肉刑を受けた者の意。小林注）を賤役に使役する現象は、肉刑によって社会から葬り去られた者たちに、余生を遂げさせる恩恵的便法として始まり、その利用価値が認識されて、やがて一般化していったもの」であり、「肉刑を加えることは奴隸となすことに外ならない」<sup>(13)</sup>のであった。そうすると、周礼に見える肉刑も確かに刑人に対し、「余生を遂げさせる恩恵的」なものであったといえようが、一方、それは刑人を一生涯、人格の認められない奴隸的身分

に落して、余生を遂げさせるものでもあったのである。しかし、熊本藩の為政者は、右の「余生を遂げさせる恩惠的」な一面に着目して、それを「生命を保ツノ道」(前掲島田嘉津次の意見)と解し、それを根拠に類刺墨磨止への突破口を開いたといえよう。又、藩札偽造者に対し、依然死刑の適用を主張する論者は、中国聖代の「古法」が一般に嚴刑を旨とすることを以って、その論拠としているが、中国の「古法」が果して一概にそのようにいえるものであったかどうかも頗る疑わしい。中国古典に見える刑法、例えば尚書の呂刑、礼記の王制、周礼の秋官等に見える「古法」が嚴刑の一面をもつと同時に儒教思想からする慎刑、恤刑の一面をも併せ有したことは周知の事実である。<sup>(14)</sup>しかし、それにも拘らず、論者は刑法草書や明律に見られる差紙・切手の偽造、及び紙幣偽造等の罪が極刑とされていることと右の「古法」に現れる嚴刑の一面とを結びつけて、死刑維持の論拠としたのである。

このように見てくると、熊本藩の為政者が中国法や中国古典をもって自己の弁証の根拠とするに当っては、或る場合には、同一の用語を使いながらも、その意味内容を変えたり(例えば、清律条例の「改過」の意味する具体的内容を変更すること、或る場合には、それに新しく意味を付与したり(例えば、中国古代の肉刑に併科された勞役に、生活保護の意味をより強く持たせること)、又或る場合には、逆にその意味内容を限定したり(例えば、中国古代の刑法の性格を嚴刑的なものに限定して解すること)して、問題状況に応じて、それぞれその内容を解釈し、それを援用することによって、その時々<sup>(15)</sup>の法的決定の合理性を理づけようとしたということができよう。

以上のように熊本藩では、明清律、周礼等の中国法や儒教の古典を、その置かれた状況に応じて柔軟に解釈し、自在に駆使して、自己の所論の正当性を証明する根拠としたのであった。このような同藩による中国法受容の態度は、実は享保期における將軍吉宗、及びその諮問に答えた儒者達による刑政改革の方法にすでに見られるものであり、それは又、明治期に至って同藩出身者たる井上毅による西欧法受容の際にも影響を与えているように思われるが、<sup>(16)</sup>右に

関しては何れ別稿を期することとしたい。

- (1) 金田平一郎「熊本藩『刑法草書』考」『法政研究』第一二巻第二号、牧健二「肥後藩刑法草書の成立——殊に其の明律参酌に就て——」『法学論叢』第四八巻第五号、小早川欣吾「明律令の我近世法に及ぼせる影響」『東亜人文学報』第四巻第二号、八重津洋平「『刑法草書』を中心とした熊本藩の刑罰体系について」『法と政治』第八巻第三・第四号等。
- (2) 高瀬喜朴の大明律例訳義の原文については、小林宏・高塩博「高瀬喜朴著『大明律例訳義』(其の一)」「(其の六)」『國學院大学日本文化研究所紀要』第五六・第五七・第五八・第五九・第六〇・第六一輯を、その内容の概要については同上解題、並びに高塩博「高瀬喜朴著『大明律例訳義』について」『日本律の基礎的研究』所収を参照。
- (3) 但し、刑法草書の刑罰体系によって、額刺墨・笞百・徒三年に四等を加えれば、斬罪ではなく斬梟となる。
- (4) 法哲学的考察によれば、推論は論証と弁証との二種に分けられる。前者が何が真であることを確定することを追求する推論様式であって、それには形式論理的方法がとられるのに対し、後者はいかにすれば相手方の同意を得ることができるかということを追求する推論様式であって、その推論の特徴は、アリストテレスのいう「エンドクサ」(「通念」と訳される)を前提にもっていることである。法律家の活動では、論証にまして弁証が重要視される。詳細は、テオドル・フィーヴェク著、植松秀雄訳『トビクと法律学』三三頁以下、及び植松秀雄「法律学の学問性とレトリック」『法哲学と社会哲学 一九八五年度・法哲学年報』二頁以下等参照。
- (5) 熊本藩における徒刑制復活の経緯については、鎌田浩「熊本藩における刑政の展開」服藤弘司・小山貞夫編『法と権力の史的考察』所収六三五頁以下参照。
- (6) この周礼の原文は、次の通りである。「司刑掌五刑之法、以麗萬民之罪、墨罪五百、劓罪五百、宮罪五百、剕罪五百、殺罪五百、(墨、黥也、先刻其面、以墨筆之)……墨者使守門、劓者使守關、宮者使守內、剕者使守圜、髡者使守積、」(一)内は鄭注。
- (7) 「エンドクサ」という概念は、アリストテレスの『トピカ』において、次のように定義されている。「すべてのひとたちによってか、あるいは大多數のひとたちによってか、あるいは知者(学者)たち、つまり、知者たちのすべてによってか、あるいはその大多數のひとによってか、あるいは、最も知名で評判のひとたちによって「そうだと」思われていることどもが、通念である。」と。『アリストテレス全集2』村治能就訳、四頁。なおフィーヴェク前掲書三七頁、植松前掲論文八頁参照。熊本藩における周礼や明律は、さしづめ右の文の「知者たち」に相当するであろう。

(8) 両者の議論の詳細については、鎌田前掲論文六三二頁以下参照。

(9) 刑法草書に見える類刺墨、即ち額に入墨をする刑は、幕府法にも、熊本藩の古例にも存しないことから、恐らく周礼、秋官、司刑の鄭注「墨、黥也、先刻其面、以墨窒之」によつたものと思われる。刑法草書、堀草案の「例律」には、死刑は刎首、腰斬、磔、焚殺の四種が見えるが、これも周礼、秋官、掌戮の鄭注に見える刑種に一致する。即ち、鄭注には「斬以鐵鉞、若今要斬也、殺以刀刃、若今棄市也」、「焚、燒也、易曰焚如死如棄如、辜之言枯也、謂磔也」とある。又、熊本藩の徒刑に見える教育刑的性格も幕府の無宿対策、获生徂徠の徒刑論等からの影響も考えられようが、直接の示唆をうけたものは、やはり周礼、秋官、大司寇の職掌にある「以圜土聚教罷民、凡害人者、寘之圜土而施職事焉、以明刑恥之、其能改者、反于中國、不齒三年、其不能改而出圜土者殺」や同じく司圜の職掌にある「掌收教罷民、凡害人者弗使冠飾、而加明刑焉、任之以事而收教之、能改者、上罪三年而舍、中罪二年而舍、下罪一年而舍、其不能改而出圜土者殺、雖出三年不齒、」等の記事であつたように思われる。

(10) 時習館創立当初の教科に周礼が見えていることは、秋山玉山撰する宝暦五年春の「時習館学規」に「一諸生之業嚴立課程、孝經論語一科、易書詩一科、春秋三傳一科、二禮、二戴記一科、是爲正業」とあり、右の「二礼」は周礼と儀礼とを指すこと、又同じく秋山玉山撰する宝暦六年秋の「時習館学規科条大意」に、「教授正業」として「周礼、儀礼、毛詩、中經ナリ、四百八十日ニ講解ス」とあることによつて明らかである。又、宝暦の家格・職階制の改革にも周礼の影響が認められること、文化八年に垣塚成章が撰した「官職制度考」二冊は、周礼及び唐六典に倣つて熊本藩の職制を整理したものであること、文政四年、時習館教授となつた辛島塩井に「讀周官」三巻の著述があること等の諸事実は、熊本藩において周礼がよく研究され、その成果が現実の政治に反映していることを示すものである。なお明治七年に開設された熊本変則中学校の教科目「法学」には、周礼が冒頭に掲げられ、次に明律、清律彙纂、仏刑法、民法、憲法、訴訟法、英法律全書、米政撮要等が見えている(内閣文庫所蔵「熊本県史料」「白川県国史一」)。又、梧陰文庫(國學院大学附属図書館所蔵)にも「周礼註疏」、「周官精義」が存し、明治十六年、山県有朋の下間に答えて井上毅が著わした「皇族考」には、周礼が引用されて、それを根拠に五世以下の皇族の臣籍降下が反対され、永世皇族制が主張されている(井上毅伝記編纂委員会編「井上毅伝 史料篇第一」三六一頁)。

(11) 吉川幸次郎「周礼について」『展望』一九七六年八月号一四五頁。なお吉川氏は、周礼について、「政治の実践についての規範を政府組織法の形で書いてあるもの」(一四五頁)、「さまざま事実によつて道理を示唆するもの」(一五五頁)ともいわれている。

(12) フリッツ・ケルン著、世良晃志郎訳『中世の法と国制』二九頁以下、四〇頁以下等参照。なお上記フリッツ・ケルンの見解

については、久保正幡「伝統社会とその近代化 第1節 中世ヨーロッパ」『法社会学講座第9巻』所収参照。

(13) 滋賀秀三「中国上代の刑罰についての一考察」滋賀秀三・平松義郎編『石井良助先生還暦祝賀 法制史論集』所収二四頁。

(14) 例えば尚書の呂刑には、「敬五刑」、「明德慎罰」、「刑罰世輕世重」、礼記の王制には、「司寇正刑明辟、以聽獄訟、……附從輕、赦從重」、周礼の秋官には、「大司寇之職、掌建邦之三典、以佐王刑邦國、詰四方、一曰、刑新國用輕典、二曰、刑平國用中典、三曰、刑亂國用重典」とあり、中国の「古法」が嚴刑のみを主とするものであったとは必ずしもいえない。

(15) 新しく過料刑を採用するに当って、將軍吉宗は、「周文王の政」や「古の贖法」をその立法上の根拠としている（小早川前掲論文引用の『明君享保錄』、『有徳院殿御実紀附録』）。又、紀州藩の儒者、榊原篁洲は、尚書の記事を引いて輕罪にのみ過料刑を適用することを主張し、五刑すべてにそれを適用することに反対した（東京大学法学部所蔵『大明律例諺解』卷之一）。右に對し、同じく紀州藩の儒者、高瀬喜朴は、吉宗の諮問に答えて、尚書の別の記事を引いて罪の輕重に限らず広く過料刑を採用することを主張している（内閣文庫所蔵『名家叢書』所収の「喜朴考」）。このように当時の儒者達も、新しい制度の採用に當って、その賛否両論の理由づけに何れも中国の古典を引用している。

(16) 注(10)の井上の項でふれた「皇族考」には、「周、ニ、大宗、小宗、之、制、アリ、……繼嗣ヲ廣メ、皇基ヲ固クスル所以也、……五世以下皆ナ姓ヲ賜ヒ、華族ニ列シ、皇族之列ヲ省クヲ以テ定例トスルハ古典ニ依ラズ、宗族之大義ニ背キ、永遠ノ長計ニ反スルニ似タリ」とある（傍点、小林）。なお井上がヨーロッパの王室法を導入して、明治皇室典範の皇位繼承法を起草したとき、その立法の根拠づけに日本書紀や大宝律令等の日本の古典を引用していることも（拙稿「明治皇室典範における皇位繼承法の成立」滝川博士米寿記念会編『滝川政次郎博士米寿記念論集 律令制の諸問題』所収参照）、かかる熊本藩による中国法受容の方法の影響があるように思われる。

〔附記〕熊本大学附属図書館に寄託された永青文庫の閲覧に関しては、山中至、川口恭子の両氏から格別の御高配を、又本稿の内容に関しては、植松秀雄氏から種々有益なる御助言を賜わった。こゝに銘記して深謝の意を表する。